

A. I. Nº - 269182.0001/08-5
AUTUADO - CIMENTO SERGIPE S/A - CIMESA
AUTUANTE - ANTONIO MARCELO ALBUQUERQUE DO NASCIMENTO
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 23. 07. 2009

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0224-01/09

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EFETUADA POR AUTÔNOMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Infração mantida integralmente. **b)** OPERAÇÕES INTERNAS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. **b)** LANÇAMENTO A MAIS. Infrações subsistentes. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Infração comprovada. 4. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. VENDAS INTERNAS COM MERCADORIAS (CIMENTO) RECEBIDAS EM TRANSFERÊNCIAS DE OUTROS ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações subsistentes. 6. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor de maior expressão monetária, no caso, sobre as entradas omitidas. Corrigidas as inconsistências. Infração parcialmente subsistente. Indeferido pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/06/2008, exige o pagamento no valor histórico de R\$89.919,98, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS retido, na qualidadede sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, nos meses de outubro de 2005, junho e agosto de 2006, sendo exigido o valor de R\$375,22, acrescido da multa de 150%;

2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março a maio, outubro a dezembro de 2004, de janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido o valor de R\$ 1.977,55, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte se creditou de ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição de gás liquefeito de petróleo – GLP, consumidos nas empilhadeiras utilizadas na movimentação interna de mercadorias e bens;
 3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades de Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a março, junho, agosto, outubro e dezembro de 2004, fevereiro, agosto, outubro a dezembro de 2005 e março de 2006, sendo exigido o valor de R\$1.268,63, acrescido da multa de 60%;
 4. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses agosto a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido o valor de R\$15.474,50, acrescido da multa de 60 %. Consta que o contribuinte deu saída de mercadoria classificada na posição 2523 da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, sem se debitar do ICMS próprio;
 5. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado nos meses agosto a dezembro de 2004 e janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido o valor de R\$3.094,89, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte deu saída de mercadoria classificada na posição 2523 da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM para outros contribuintes, sem se debitar do ICMS da substituição tributária das operações subsequentes;
 6. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no exercício, nos exercícios de 2004 e 2005 e no período de janeiro a setembro de 2006, sendo exigido o valor de R\$35.489,44, acrescido da multa de 70%;
 7. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de março a maio de 2006, sendo exigido o valor de R\$ 1.599,77 em decorrência da aplicação da multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias. Consta que tratam das mercadorias: telha de alumínio trapezoidal, microcomputador e cimento em sacos de 50 kg;
 8. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de abril de 2006, sendo exigido o valor de R\$100,00, em decorrência da aplicação da multa de 1 % sobre o valor comercial das mercadorias;
 9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses dezembro de 2004, de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a outubro de 2006, sendo exigido o valor de R\$30.384,43, acrescido da multa de 60 %. Consta que o contribuinte lançou, a título de ICMS retido, óleo diesel e ICMS ST sobre a aquisição de óleo diesel, outros crédito de ICMS no livro Registro de Apuração desse imposto, calculados sobre notas fiscais de aquisição de óleo diesel (diversas notas fiscais) e GL (uma nota fiscal);
 10. Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação, no mês de outubro de 2005, sendo exigido o valor de R\$ 155,55 e acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte lançou a mais crédito fiscal de antecipação parcial, sendo o DAE referente à Nota Fiscal de nº 2231 no valor de R\$1.439,10 e o lançamento a crédito, sob o título *ICMS retido óleo diesel*, no mês de outubro de 2005, no valor de R\$1.549,65.
- Constam dos autos: planilha “ICMS Retido por Substituição Tributária e não Recolhido de Transporte de Pallets efetuados por Transportador Autônomo”, fl. 30, cópias de notas fiscais, fls. 31 a 37, planilha “Crédito Fiscal Indevido – Aquisições para Uso e Consumo”, fls. 38 a 39, cópias de ACÓRDÃO JUF Nº 0224-01/09

notas fiscais, fls. 40 a 82, planilha “Diferenças de Alíquotas (DIFAL) nas Aquisições de bens de uso/consumo de outras unidades da Federação”, fls. 83 e 84, cópias de notas fiscais, fls. 85 a 117, planilha “Saída de Mercadoria Tributável, Classificada na posição 2523 da NCM sem os débitos da do ICMS da operação própria e da Substituição Tributária”, fls. 121 a 197, planilhas “Auditoria de Estoques” fls. 198 a 695, cópia do livro Registro de Inventário, fls. 696 a 703, planilha “Códigos e Descrições das Mercadorias de Entradas e de Saídas”, fl. 705, planilha “Notas Fiscais Introduzidas no Estabelecimento sem o devido registro na escrita Fiscal” fl. 707, cópias de notas fiscais, fls. 708 a 711, cópia do livro Registro Entradas, fls. 712 a 781, planilha “Apropriação indevida de Crédito Fiscal calculado sobre aquisição de óleo diesel (inclui uma nota fiscal de GLP)” fls. 782 a 790, planilha “Apropriação indevida de Crédito Fiscal em Lançamento feito a maior de crédito referente a antecipação parcial paga duas vezes”, fls. 791, cópia do livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 792 a 843, planilha “Antecipação Tributária – 2004”, fl. 845, cópias de DAE’s, fls. 846 e 850, planilhas “ICMS Retido de Diesel de Transporte – 2004”, fl. 851, cópias de notas fiscais fls. 852 a 882, “ICMS Retido de Diesel de Transporte – 2005”, fls. 883 a 887, cópia de DAE’s , fl. 888, cópias de notas fiscais fls. 889 a 1112, “ICMS Retido de Diesel – Antecipação Tributária – 2006”, fls. 1113 a 1114, cópias de notas fiscais fls. 1115 a 1121, e “ICMS Retido de Diesel de Transporte – 2006”, fls. 1122 a 1124, cópias de notas fiscais fls. 1125 a 1202. Em todos os demonstrativos consta declaração do recebimento de cópias pelo autuado, inclusive com a aposição da assinatura de seu responsável legal.

O sujeito passivo apresenta impugnação, fls. 1207 a 1220, refutando o cometimento de todas as infrações, alinhando as argumentações a seguir resumidas para cada uma delas.

Infração 01 – Diz que após a análise das notas fiscais utilizadas como base da infração, constatou que se tratavam das notas fiscais com frete CIF, a exemplo das de nºs. 67848, 73533, 75601, ou seja, onde o valor do frete já está embutido no preço do produto. Observa que nesses casos há o recolhimento do tributo junto com o do produto transportado, vez que fazem parte de um todo harmônico.

Assevera, por fim que não resta ICMS a ser recolhido, uma vez que tal foi efetuado junto ao recolhimento do ICMS da mercadoria. Por isso, afirma ser a autuação insubstancial.

Infrações 02 e 09 – Afirma que a segunda infração imposta é relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo, mais especificamente ao GLP – Gás Liquefeito do Petróleo e óleo diesel utilizados em equipamentos para a movimentação de carga. Destaca que no presente caso a discussão gira em torno de ser ou não o crédito apropriado de uso e consumo, vez que, assim configurado, não teria direito ao crédito fiscal.

Ressalta que o conceito de bem de uso e consumo, consoante o artigo 93, inciso V, alínea “b” do RICMS/97, é o seguinte: “assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação”.

Informa que o objeto social de seu estabelecimento é “a pesquisa, a lavra e o aproveitamento em geral de jazidas minerais, a produção, o transporte, a distribuição, a importação, a exportação e o comércio em geral de cimento, cal, argamassa, gesso e de respectivas matérias-primas e produtos derivados, afins e correlatos, bem como a prestação de serviços especializados e a intermediação de negócios relacionados com seu objeto social”. Esclarece que o estabelecimento autuado é um centro de distribuição de cimento e outros produtos, que opera diretamente com carga e descarga, logo, a utilização do GLP contestada é elemento essencial para o exercício de sua atividade, motivo pelo qual não pode o mesmo ser considerado como de uso e consumo.

Para corroborar sua tese reproduz o voto do Acórdão JJF nº 0001/01-03, aduzindo que nele está a idêntica razão, e que por isso, deve ser aplicado o mesmo dispositivo legal, asseverando que este é o princípio da analogia e, no presente caso, como seu estabelecimento tem como objeto social a extração vegetal tem direito a se creditar do ICMS, pois transporta seus produtos, ao mesmo passo,

terá direito a distribuidora de se creditar do ICMS sobre o GLP, nos termos da legislação, vez que utilizado no carrego e descarrego de produtos, que se configura principal objeto de sua mercancia.

Conclui asseverando que são inviáveis as alegações do autuante.

Infração 03 – Cita o inciso II do art. 155 da Constituição Federal e o art. 2º da Lei Complementar nº 87/96 com a finalidade de delinear as linhas mestras da implementação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, as hipóteses de ocorrência do fato gerador, bem como destaca a definição de mercadorias, por ser de fundamental importância para se identificar a ocorrência do fato gerador em se tratando de ICMS.

Reproduz a definição de mercadorias do prof. Hugo de Brito Machado, para quem “Mercadorias, são aquelas coisas móveis destinadas ao comércio. São coisas adquiridas pelos empresários para revenda, no estado em que as adquiriu ou transformadas, e ainda aquelas produzidas para venda. Não são mercadorias as coisas que o empresário adquire para uso ou consumo próprio”. Arremata, destacando que a compra de materiais ou produtos para o uso e consumo da empresa, não configura circulação de mercadoria, por conseguinte, não observando também a ocorrência do fato gerador do tributo.

Ressalta também, que a impossibilidade de aproveitamento do crédito, em virtude do art. 33 da Lei Complementar nº 87/96, também desnatura a não-cumulatividade do tributo, transmudando em inconstitucional a exigência. Conclui afirmando ser inviável a infração imposta.

Infração 04 – Relata que depois de examinar as notas fiscais utilizadas como base da infração, constatou que são relativas aos produtos: Cimento Branco CPB e Cimento Branco Irajazinho. Esclarece que quando se trata de operação interestadual com cimento, há imposição de substituição tributária no momento da venda, restando indevido o pagamento do tributo na operação posterior. Acrescenta que ao adquirir esses produtos o vendedor recolheu o ICMS substituto da operação posterior, ou seja, a revenda que seria por ele, autuado, realizada. Conclui afirmando que dentro deste raciocínio, não resta a necessidade de qualquer recolhimento de imposto ou situação de débito/ crédito por sua parte, desconfigurando-se, assim, a infração imposta.

Infração 05 – Ressalta que depois de analisar as notas fiscais utilizadas como base da infração, verificou serem relativas aos produtos Cimento Branco - CPB e Cimento Branco Irajazinho. Do mesmo modo que na infração anterior, reafirma a imposição de substituição tributária no momento da venda, por se tratar de operação interestadual com cimento, restando indevido o pagamento do tributo na operação posterior. Aduz que, impor a necessidade de novo recolhimento do tributo é reconhecer direito a créditos é impor uma verdadeira bitributação, o que subverte o próprio sistema de apuração do ICMS. Por isso, diz ser insubstancial essa infração.

Infração 06 – Assevera que as diferenças de estoque nos anos de 2004, 2005 e 2006 apuradas pela fiscalização embasaram-se em números não condizentes com a realidade.

Em relação ao exercício de 2004, destaca que após análise do ano de 2004, encontrou as seguintes incongruências:

- a) Cimento 25 kg: notas fiscais lançadas com erros:- Nota Fiscal nº 111104 – lançada como 560 sacos de 25 kg, quando o correto seria 420 sacos de 25 kg e 70 sacos de 50 kg; - Nota Fiscal nº 132237 – lançada como 1600 sacos de 25 kg, quando o correto seria 600 sacos de 25 kg e 500 sacos de 50 kg;
- Nota Fiscal nº 137335 – lançada como 1080 sacos de 25 kg, quando o correto seria 5600 sacos de 25 kg e 260 sacos de 50 kg;
- Nota Fiscal nº 151986 – lançada como 560 sacos de 25 kg, quando o correto seria 480 sacos de 25 kg e 40 sacos de 50 kg;
- b) Cimento 50 kg: as diferenças lançadas são explicadas pela indevida inclusão destes dentro do cimento de 25 kg;
- c) Rejunte bege 1 kg: informada a entrada de 200 sacos de 1 kg, quando o correto seriam sacos de 5 kg, consoante Nota Fiscal nº 1258;

- d) Rejunte Banco 1 kg: informada a entrada de 400 sacos de 1 kg, quando o correto seriam sacos de 5 kg, consoante Nota Fiscal nº 1258;
- e) Rejuntamento Cinza Claro 1;kg: informada a entrada de 800 sacos de 1 kg, quando o correto seriam sacos de 5 kg, consoante Nota Fiscal nº 1258. No livro de inventário o item foi lançado 02 (duas) vezes, uma com a quantidade de 560 sacos e outro com 41sacos, sendo que o último lançamento foi lançado por equívoco;
- f) Rejuntamento Cinza escuro 1 kg: informada a entrada de 400 sacos de 1 kg, quando o correto seriam sacos de 5 kg, consoante Nota Fiscal nº 1258;
- g) Rejuntamento Creme 1 kg: informada a entrada de 200 sacos de 1 kg, quando o correto seriam sacos de 5 kg, consoante Nota Fiscal nº 1258;
- h) Rejuntamento Preto 1 kg: informada a entrada de 600 sacos de 1 kg, quando o correto seriam sacos de 5 kg, consoante Nota Fiscal nº 1258. No livro de inventário o item foi lançado 02 (duas) vezes, uma com a quantidade de 353 sacos e outro com 360 sacos, sendo que o último lançamento foi lançado por equívoco;
- i) Rejunte bege 5 kg: informada a entrada de 200 sacos de 1 kg, quando o correto seriam sacos de 5 kg, consoante Nota Fiscal nº 1258. É de se ver também que a Nota Fiscal nº 62309 de 22/12/2004, entrada referente à devolução de 28 sacos, não consta do relatório da fiscalização, mas foi computada no livro de inventário de 2005;
- j) Rejunte Banco 5 kg: informada a entrada de 400 sacos de 1 kg, quando o correto seriam sacos de 5 kg, consoante Nota Fiscal nº 1258;
- k) Rejuntamento Cinza Claro 5 kg: informada a entrada de 800 sacos de 1 kg, quando o correto seriam sacos de 5 kg, consoante Nota Fiscal nº 1258;
- l) Rejuntamento Cinza escuro 5 kg: informada a entrada de 400 sacos de 1 kg, quando o correto seriam sacos de 5 kg, consoante Nota Fiscal nº 1258;
- m) Rejuntamento Creme 5 kg: informada a entrada de 200 sacos de 1kg, quando o correto seriam sacos de 5 kg, consoante Nota Fiscal nº 1258;
- n) Rejuntamento Preto 5 kg: informada a entrada de 600 sacos de 1kg, quando o correto seriam sacos de 5 kg, consoante Nota Fiscal nº 1258;

Após tais ajustes, o estoque bate com o apurado no ano de 2004.

Informa que depois de analisar do ano de 2005, encontrou diversas incongruências, dentre as quais:

- a) Cimento Branco Irajazinho 1 kg: A fiscalização não considerou a Nota Fiscal 68509 de 29/11/2005, referente à entrada de 342 sacos;
- b) Cimento 50 kg: A fiscalização não considerou as Notas Fiscais 637 de 14/02/2005 e 69023 de 27/12/2005, referentes às entradas de 100 sacos e 120 sacos, respectivamente;
- c) Rejunte bege 1 kg: conforme o apurado em 2004 (item anterior) o estoque inicial de 2005 é “0” e não 460 sacos;
- d) Rejuntamento Cinza Claro 1 kg: conforme o apurado em 2004 (item anterior) o estoque inicial de 2005 é 560 sacos;
- e) Rejuntamento Preto 1 kg: conforme o apurado em 2004 (item anterior) o estoque inicial de 2005 é 353 sacos;
- f) Rejunte bege 5 kg: Não foi considerada pela fiscalização a Nota Fiscal nº 62309 de 22/12/2004, entrada referente à devolução de 28 sacos em 2004;

Diz que após análise do ano de 2006, encontrou diversas incongruências, principalmente pelo relatório da fiscalização considerar as notas fiscais de entrada e saídas referentes ao período de 01/10/2006 a 06/10/2006 e no relatório final colocou o estoque em 30/09/2006, desconsiderando todas as notas de entradas e saídas de outubro de 2006.

Salienta que houve incorporação da Cimento Sergipe S.A. pela Votorantim Cimentos N/NE S.A. no ano em comento, fato esse não levado em conta pela fiscalização, motivo pelo qual também ocorreram alterações na avaliação.

Por isso, afirma ser inviável a apuração do estoque efetuada pela fiscalização, sendo insubstinentes suas razões.

Infrações 07, 08 e 10 – Observa que, depois de analisar diretamente os fatos apontados, constatou a inexistência de tais infrações, apenas não foi considerada a incorporação da Cimento Sergipe S.A. pela Votorantim Cimentos N/NE S.A.

Ao final, requer a feitura de perícia técnica, sob a alegação de que se faz necessária por se tratar de típica situação de fato. Nomeia como assistente técnica de perícia a Sra. Leila Maia dos Santos, com domicílio igual ao seu, para onde deverão ser enviadas todas as intimações necessárias. Apresenta os seguintes quesitos.

- a) Quando da apuração das infrações, levou-se em conta os livros da empresa incorporadora?
- b) Levando em conta tais livros, resta alguma diferença a ser apurada devida pela autuada?
- c) Levando em conta tais livros fiscais houve entrada no estabelecimento sem escrituração fiscal?
- d) Resta alguma das infrações, após a análise de tais livros fiscais?

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente por falta de qualquer amparo fático e legal.

O autuante ao proceder a informação fiscal, fls. 1241 a 1246, apresenta suas ponderações para cada uma das argumentações aduzidas pelo sujeito passivo em sua defesa, na forma a seguir sintetizadas.

Infração 01 – Esclarece que o contribuinte contratou frete para a remessa de *pallets* de madeira para outra unidade da Federação, assumindo a condição de responsável pelo recolhimento do ICMS da operação de transporte, pois o prestador de serviço é autônomo. Destaca que esta é a regra do art. 380, inciso I, alínea “a” do RICMS/97.

Ressalta que o ICMS lançado no auto de infração é o mesmo destacado nos documentos fiscais, conforme se pode verificar às fls. 30 a 37, nos quais o contribuinte declara expressamente que se responsabiliza pelo recolhimento desse tributo, e se restringe somente às operações para as quais não há o respectivo recolhimento do tributo, uma vez que as outras remessas com serviço de transporte efetuado por autônomo tiveram o ICMS recolhido. Finaliza asseverando que não há razão para que o lançamento dessa infração seja considerado insubstancial.

Infrações 02 e 09 – Relata que o autuado lançou a crédito da conta corrente do ICMS o valor equivalente a 17% das aquisições de GLP, que foi consumido nas empilhadeiras utilizadas para movimentação interna das mercadorias e bens, dentro dos galpões do estabelecimento, e também se creditou do ICMS, a título de “ICMS retido óleo diesel” e “ICMS ST sobre aquisição de óleo diesel”, cujo consumo não está vinculado a qualquer etapa das operações de circulação mercantil ou da prestação de serviço de transporte, ainda que de carga própria.

Observa que a defesa apresentada se restringiu a discutir o crédito do ICMS destacado em algumas notas fiscais de aquisição de GLP, porém seus argumentos não podem prosperar, pois esse combustível foi integralmente consumido pelas empilhadeiras utilizadas na alocação das mercadorias dentro dos galpões do contribuinte. Acrescenta que de acordo com a Lei Complementar nº 87/96 e alterações posteriores, o crédito do ICMS nessas aquisições está assegurado, porém, somente a partir de 01/01/2011.

Destaca que em relação ao óleo diesel, não há qualquer argumentação em contrário da defesa, uma vez que o contribuinte sequer possui frota própria de transporte de carga. Observa que, tanto no atendimento a quarta intimação (vide item 11, alíneas “c” e “d”, fls. 19 dos autos), quanto na defesa, não foi apresentado qualquer esclarecimento quanto ao uso de crédito de óleo diesel, nem quanto à técnica utilizada para determinação dos valores lançados, tanto de crédito como de estorno de crédito, no livro Registro de Apuração do ICMS.

Diz que ambos os produtos são combustíveis, e o uso do crédito do ICMS decorrente da sua aquisição está vinculado a seu emprego como insumo na produção agrícola, na atividade extractiva

vegetal ou animal, na pecuária ou na avicultura, conforme dispõe o art. 93, inciso I, alínea “c” do RICMS/97.

Enfatiza que o estabelecimento autuado, que exerce atividade econômica de comércio atacadista de cimento, requer para as infrações 02 e 09, por analogia, o mesmo tratamento dado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal ao auto de infração 298743.0003/02-5. Observa que no item 2 do voto do relator, fls. 1211, a reclamação do auditor fiscal de utilização indevida de crédito fiscal de óleo diesel foi julgada improcedente porque, naquele caso, ficou comprovado que o combustível adquirido foi, todo ele, empregado na atividade extrativa vegetal, sendo o direito ao crédito, naquela situação, expressamente previsto no dispositivo regulamentar mencionado no parágrafo anterior.

Conclui asseverando que não é o caso do presente lançamento, para o qual não há, portanto, qualquer razão de fato ou de direito para que se julgue improcedente a reclamação de crédito indevido das infrações 02 e 09.

Infração 03 - Afirma que o autuado não recolheu o ICMS da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais destinadas a seu uso e consumo, e que a defesa não descaracteriza que as aquisições foram destinadas ao seu consumo, porém argumenta que essas aquisições não estariam sujeitas a incidência do ICMS por se tratarem de materiais ou produtos, e não mercadorias, além de pretender a inconstitucionalidade da norma por vedar o aproveitamento do crédito do ICMS dessas aquisições.

Depois de tecer comentários acerca da definição do termo mercadoria contido na informação fiscal do Auto de Infração nº 206886.0007/07-3, diz que as aquisições interestaduais, objeto desta infração, entram no estabelecimento do adquirente como mercadorias, podendo ser revendidas e poderão deixar de sê-lo, quando destino diverso da utilização no processo de produção ou comercialização lhes for dado. Acrescenta que, como o ICMS, ao partilhar a arrecadação entre as unidades da Federação envolvidas no processo de circulação mercantil interestadual, aplica, nessas operações, alíquotas menores que as previstas para as operações internas, quando a mercadoria é destinada ao consumo, o contribuinte que a retirar da circulação mercantil fica obrigado ao recolhimento, em favor da unidade federada onde o consumo ocorrer, da diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Diz ser esta a regra prevista no parágrafo 1º do artigo 60 da Lei Complementar nº. 87/96, materializada no inciso IV do artigo 20 da Lei Estadual nº. 7.014/97 e exigido pelos dispositivos regulamentares citados no auto de infração.

Infrações 04 e 05 – Observa que o autuado não recolheu o ICMS das operações próprias e o ICMS da substituição tributária, nas operações de saídas de mercadorias classificadas na posição 2523 da NCM, pois não os destacou nos documentos fiscais nem deles se debitou na sua escrita fiscal.

Destaca que a defesa pede a improcedência dessas infrações mediante a mera alegação de que essas mercadorias - cimento branco - tiveram a sua fase de tributação encerrada quando da saída do estabelecimento remetente para a Cimesa, por força da substituição tributária, constituindo-se essas infrações no que chamou de bi-tributação, porém não trouxe aos autos qualquer comprovação nesse sentido.

Esclarece que o Protocolo ICM nº 11/85, celebrado, dentre outras unidades da Federação, pela Bahia, Sergipe e Rio de Janeiro, dispõe sobre a substituição tributária nas operações de cimento de qualquer espécie e que em sua cláusula primeira atribui ao estabelecimento industrial ou importador, a condição de sujeito passivo por substituição, pela qual responde pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes saídas ou na entrada para o uso ou consumo do destinatário. No entanto, acrescenta que o parágrafo único desta cláusula prevê duas hipóteses de não aplicação dessa substituição tributária, dentre as quais a do item 2, que diz textualmente:

“2. às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.”

Ressalta que embasado nessa exceção, o estabelecimento de CNPJ nº. 15.612.93010016-50 (Cimento Sergipe S/A Cimesa, localizado em Sergipe) da mesma empresa do autuado, lhe destinou cimento branco sem a retenção do ICMS da substituição tributária. Acrescenta que além dessas aquisições, de 2004 a 2006, conforme tabela que apresenta de todas as aquisições de cimento branco do autuado - 2004-2006, o autuado só fez mais uma aquisição do estabelecimento de CNPJ nº. 64.132.236/0062-86 (Cimento Rio Branco S. A, localizado no Rio de Janeiro), também sem substituição tributária. Informa ainda que o ICMS destacado nesses documentos fiscais, com base na alíquota interestadual, foi lançado a crédito na sua conta corrente fiscal.

Observa que deveria ocorrer a substituição tributária, encerrando a fase de tributação, na saída do cimento branco do estabelecimento do autuado. No entanto, assevera que, mesmo fazendo uso do crédito do ICMS na entrada, o autuado não só não fez a retenção do ICMS da substituição tributária (todas as saídas a que se refere o demonstrativo das infrações 04 e 05, às fls. 118, foram para comercialização por parte de contribuintes do ICMS), como também não se debitou do ICMS da operação própria, razão pela qual fizemos os dois lançamentos no auto de infração.

Aduz que a única forma de elidir a acusação seria a comprovação de que os remetentes fizeram a retenção do ICMS da substituição tributária quando da saída do cimento branco para o autuado, o que, se tivesse ocorrido, obrigaria o Fisco a realizar o lançamento de ofício do crédito do ICMS lançado nessas aquisições. Ressalta que tendo em vista ter examinado esses documentos fiscais e verificado que não houve a retenção na entrada, efetuou o lançamento do crédito tributário em favor da Fazenda Estadual do ICMS devido nas saídas realizadas pelo contribuinte, todas sem tributação.

Infração 06 – Diz que o autuado alega que o ICMS de que trata esta infração, qual seja, a falta de recolhimento constatada pela apuração das diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, se baseia em informações erradas, não contestando ao cálculo, mas sim de algumas informações que serviram de base ao levantamento quantitativo, alegando, inclusive, que alguns dos registros do livro Registro de Inventário estão equivocados.

Observar que todo o levantamento foi feito com base em informações prestadas pelo contribuinte, mediante envio de arquivos magnéticos previstos no Convênio 57/95 e alterações posteriores, mensagens enviadas por correio eletrônico, inclusive com arquivos anexos, documentos e livros fiscais, que serviram de base a confecção dos demonstrativos de fls. 198 a 695, que discriminam todas as notas fiscais de entrada e saída de mercadorias, os estoques existentes e as diferenças encontradas, tendo sido a infração fartamente documentada, e por isso, qualquer alteração em seu montante, exige idêntica fundamentação. Em seguida passa a analisar cada ponto contestado em cada um dos exercícios.

Em 2004 a contestação alega que os itens Cimento 25 kg e Cimento 50 kg se encontram com diferença devido ao lançamento de quantitativos que não refletem as respectivas notas fiscais fls. 1216. Esclarece que como essas notas não foram apresentadas, intimou o autuado para apresentação via mensagem eletrônica, e incorporamos as fotocópias das quatro notas fiscais citadas aos autos fls. 1247 a 1250. Em relação aos itens Rejuntamento de 1 kg e 5 kg, afirma que incluiu a cópia da Nota Fiscal nº 1258 e 62309, fls. 1251/1252 dos autos. Por isso, informa que acolheu os argumentos da contestação quanto a correção dos valores lançados referentes a esses documentos fiscais, corrigindo a omissão de entradas, reduzindo a diferença do ICMS exigido no auto de infração do valor histórico de **R\$3.784,39** para **R\$208,90**. Quanto à exclusão do lançamento em duplicidade dos itens Rejuntamento Cinza Claro 1 kg e Rejuntamento Preto 1 kg no Livro Registro de Inventário, não podes acolher, uma vez que, em 24/03/2008, enviamos mensagem a Sra. Leila Maia dos Santos, relatando a ocorrência dos lançamentos em duplicidade, que respondeu, também por mensagem eletrônica, em 25/03/2008, que as quantidades estavam corretas fls. 1260 e 1259.

Em 2005 diz que a contestação requer a inclusão dos quantitativos de três notas fiscais que não estavam em nosso levantamento. Observa que intimou a empresa para apresentar as cópias desses

documentos e as incluiu, fls. 1253 a 1255. Quanto à Nota Fiscal nº. 62309, de 22/12/2004, foi a mesma incluída no exercício respectivo de 2004. Em relação ao estoque inicial do exercício, afirma que não aceitou a modificação proposta, uma vez que a fonte de tal informação é continua sendo o livro Registro de Inventário. Conclui asseverando que, feitas as inclusões dos quantitativos das notas fiscais solicitadas pela defesa, a diferença de ICMS exigida no auto de infração pela omissão de entradas de 2005 cai do valor histórico de R\$5.650,93 para R\$5.568,50.

No exercício de 2006, destaca que a contestação requer a exclusão das notas fiscais do período de 01/10/2006 a 06/10/2006, uma vez que o estoque final utilizado como base no levantamento fiscal foi o de 30/09/2006 e diz que não considerou a incorporação da autuada pela Votorantim Cimentos N/NE S.A.

Esclarece que conforme mensagem que recebeu em 13/06/2008, fls. 1263, a autuada teve movimentação registrada até 06/10/2006. no entanto, como o estoque final nos quais se baseou foi o de 30/09/2006, acolheu a exclusão das notas fiscais do período de 01 a 06/10/2006. Ressalta que não há, em seu levantamento, após essa exclusão, nenhuma nota fiscal que diga respeito ao período em que a autuada se fundiu, por incorporação, a Votorantim Cimentos N/NE S.A., e que por isso, o total do ICMS lançado no auto de infração, relativo a omissão de entradas do exercício de 2006 cai de R\$26.054,12, para R\$21.313,61.

Informa que os novos demonstrativos detalhados com os ajustes aqui citados, referentes a infração 06, se encontram às fls. 1264 a 1267 dos autos. Ressalta que conforme se pode verificar neles, alguns itens mudaram de omissão, de entradas para de saídas e vice-versa, tendo sido detalhado o cálculo do preço médio na nota explicativa ou em novo demonstrativo, como foi o caso do item Cimento 25 kg em 2006, fls. 1268.

Destaca que o estabelecimento de entrada de mercadorias tributáveis - infração 07, e não tributáveis - infração 08, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, abril e maio de 2006, ressaltando a alegação da defesa apresentada de que tais infrações ocorreram em virtude de não ter sido considerada, levantamento fiscal, a incorporação da autuada pela Votorantim Cimentos N / NE S.A..

Diz que alegação defensiva não pode prosperar, pois em 12/06/2008 enviou mensagem eletrônica à senhora Leila Maia dos Santos, com um arquivo contendo a relação de notas fiscais não registradas na escrita fiscal da Cimesa, para que fossem feitos os esclarecimentos que a empresa entendesse serem necessários. Esclarece que resposta que lhe fora enviada fls. 1263 às 10:02 horas do dia 13 de junho de 2008, a senhora Leila informou que a escrituração da Votorantim Cimentos N/NE S.A. se deu a partir da movimentação de 07/10/2006 e não conseguiu esclarecer quanto a falta de registro das notas fiscais que constam do demonstrativo de fls. 707.

Assevera não haver qualquer fundamento para que as notas fiscais, fls. 708 a 710, emitidas de março a maio de 2006, não estejam registradas na escrituração da Cimesa até 06/10/2006, último dia de registro das operações da inscrição estadual 22.285.713.

No tocante à infração 10, observa que o ICMS antecipação parcial da nota fiscal nº. 2231, foi recolhido em duplicidade (em 31/10/2005 e 26/12/2005, conforme fls. 887/888 e fls. 866 e 1269). Frisa que o crédito fiscal respectivo também foi lançado duas vezes, tendo ocorrido o erro no lançamento de outubro de 2005 (planilha e DAE às fls. 887/888 e lançamento às fls. 815. Diz que o autuado contesta, afirmando que não existiria infração se tivesse sido considerado que a Cimento Sergipe S.A. - Cimesa foi incorporada pela Votorantim Cimentos NINE S.A. em outubro de 2006, exatamente um ano depois. No nosso entendimento não há qualquer relação entre um evento e outro, portanto a infração não foi elidida.

Conclui opinando pela manutenção do Auto de Infração, com a acolhida parcial do que foi contestado quanto à infração 06.

O autuado ao se manifestar sobre a informação prestada, fls. 1276 a 1285, reitera literalmente todas as legações alinhadas em sua peça defensiva.

Especificamente em relação à infração 06 observa apenas que o autuante acatou alguns dos seus argumentos alinhados na defesa e que foi mantida em grande parte a infração.

Reitera o pedido de perícia técnica e mantém seu requerimento para que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

VOTO

Em relação ao pedido de realização de perícia para comprovação das razões defensivas, não vislumbro necessidade ou indispensabilidade de sua realização, na elucidação das questões postas nos presentes autos. Por consistir em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada, dotada de conhecimentos especializados em determinada área do conhecimento, o resultado da perícia supre a insuficiência, por parte do julgador, de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide. Resta evidente nos presentes autos a inexistência de óbice algum que dependa conhecimento especializado para a compreensão da lide. Ademais, o autuante, de posse da documentação fornecida pelo próprio contribuinte, já fizera as correções e ajustes cabíveis dos equívocos devidamente comprovados. Ademais, em sua formulação, o pedido de perícia apresentado não se afigura fundamentada a necessidade de sua realização. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do RPAF/99.

No que diz respeito ao mérito apresento a seguir o meu posicionamento em relação a cada uma das infrações que compõem o presente Auto de Infração.

A infração 01 cuida da falta de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado.

O impugnante em sua defesa alegou que as operações que resultaram na cobrança deste item se tratam de notas fiscais de frete CIF e que nestes casos há o recolhimento do tributo junto com o produto transportado, vez que fazem parte de um todo harmônico.

Constatando o exame nas peças que compõem essa infração que, assiste razão ao autuante, pois, embora o autuado alegue se tratar de operação contratada sob a cláusula, é inequívoca a determinação contida na alínea “a” do inciso I do art. 380 do RICMS/97, que a seguir reproduzo, quando cuida de prestação de serviço de transporte, cujo serviço é prestado por autônomo, não contemplando excepcionalidade alguma.

“Art. 380. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo efetuar a retenção do imposto relativo às prestações de serviços interestaduais e intermunicipais de transporte:

I - sendo o serviço prestado por autônomo ou por empresa transportadora não inscrita neste Estado (Conv. ICMS 25/90):

a) o remetente ou alienante das mercadorias, se for estabelecimento inscrito na condição de contribuinte normal ou especial, e desde que seja ele o contratante do serviço.”

A teor do dispositivo supra enunciado, impende salientar que, tendo o autuado contratado o frete com prestador de serviço autônomo, assume a condição de responsável pelo recolhimento do ICMS na operação de transporte.

Assim, é subsistente a infração 01.

As infrações 02 e 09 tratam da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento – na infração 02 se creditou do ICMS destaca nas notas fiscais de aquisição de gás liquefeito de petróleo – GLP, consumido nas empilhadeiras utilizadas na movimentação interna das mercadorias e, na infração 09 lançou a título de ICMS retido

óleo diesel e ICMS ST sobre a aquisição de óleo diesel, outros créditos do ICMS no livro Registro de Apuração do ICMS, calculados sobre notas fiscais de aquisição de óleo diesel, (diversas notas fiscais) e GLP (uma nota fiscal).

Em sua impugnação o contribuinte depois de descrever o objeto social da empresa aduziu que os créditos fiscais glosados se referem a GLP e óleo diesel utilizados na carga e descarga de seu centro de distribuição de cimento e outros produtos, estabelecimento autuado, asseverando que é essencial para suas atividades, motivo pelo qual não deve ser considerado como de uso e consumo.

Transcreveu trecho do Acórdão JJF nº 0001/01-03, cujo voto acolhe à utilização de créditos fiscais relativos à aquisição de óleo diesel utilizado por empresa que desenvolve atividade extrativa vegetal e requereu a analogia para a dos créditos fiscais das aquisições de óleo diesel utilizado nas operações de carga e descarga no seu centro distribuidor de mercadorias a serem comercializadas.

A informação fiscal prestada pelo autuante contestou a aplicação da analogia requerida tendo em vista que a atividade econômica de comércio atacadista exercida pelo autuado que consumiu o combustível em empilhadeiras utilizadas no deslocamento das mercadorias dentro de seus galpões, ao contrário da atividade extrativa não está amparada com a utilização de crédito fiscal nas aquisições de combustíveis.

Depois de analisar os elementos constantes dos autos que emergiram em decorrência do contraditório, precípuamente, relativo ao pedido de aplicação de analogia pelo fato de decisão prolatada por este CONSEF no Acórdão JJF nº 0001/01-03 que acolheu a utilização de créditos fiscais decorrente da aquisição de combustíveis utilizados no transporte no exercício da atividade extrativa vegetal, verifico que o decisivo se fundamentou na alínea “c” do inciso I, do RICMS/97, a seguir reproduzido.

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

[...]

c) ... combustíveis e demais insumos empregados na produção agrícola, na atividade extrativa vegetal ou animal, na pecuária ou na avicultura, observado o disposto no § 4º do art. 117;”

No presente caso, resta evidenciado que o estabelecimento autuado cuja atividade exercida é de comércio atacadista e que os combustíveis (óleo diesel e GLP) são utilizados na movimentação das mercadorias destinadas à comercialização e por suas empilhadeiras em seu galpão. Portanto, não deve prosperar a pretensão do contribuinte, tendo em vista que, consoante vedação expressa no inciso II do art. 97 do RICMS/97 que impede o creditamento do imposto relativo às aquisições “para uso ou consumo do próprio estabelecimento, assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas, diretamente, a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável à sua produção, composição ou prestação”. Saliento também que esse tem sido o entendimento prevalente nas decisões prolatadas pelas Juntas de Julgamento Fiscais e mantidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscais deste CONSEF.

Por isso, entendo que a aquisição dos combustíveis, objeto dessas duas infrações e utilizados pelo autuado na movimentação das mercadorias no interior de seus galpões não está amparada com o direito de utilização de crédito como se depreende do dispositivo regulamentar supra citado. A própria Lei Complementar nº 87/06, regente dessa matéria, atribuiu a data de 01/01/2011, a partir da qual estará assegurada a utilização dos créditos decorrentes de aquisição para uso e consumo.

Nesse contexto, mantenho integralmente as infrações 02 e 09.

A Infração 03 refere-se à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades de Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

O autuado refutou o cometimento desta infração alegando que a aquisição de materiais para uso e consumo na empresa não configura circulação de mercadorias e, com isso não ocorreria a entre o fato gerador do ICMS. Alegou também que o não aproveitamento do crédito desnatura a não cumulatividade do tributo transformando em inconstitucional a exigência desta infração.

Inicialmente, ressalto que deixo de avaliar a questão sobre o prisma da inconstitucionalidade, na forma aludida pelo autuado, tendo em vista que não cabe a esta Junta de Julgamento se posicionar a cerca do direito posto, ou seja, esta atribuição não integra o seu rol de competências.

No entanto, o art. 5º, inciso I claramente institui a obrigatoriedade da exigência objeto da presente infração, portanto, descabe consideração se os produtos adquiridos para uso e consumo do estabelecimento são ou não mercadorias. Por isso, mantendo a infração 03.

As infrações 04 e 05 tratam, respectivamente, da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, e da falta de retenção ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A imputação decorreu do fato que o autuado promoveu as saídas dessa mercadoria sem o destaque do imposto e sem lançar o correspondente débito na sua escrita fiscal, e sem promover a retenção sob a alegação de que estas mercadorias já se encontravam com a fase tributação encerrada.

Conforme se verifica na planilha à fl. 1244, apresentada pelo autuante e não contestada pelo contribuinte, no período fiscalizado o estabelecimento autuado recebeu de estabelecimento pertencente a sua empresa e localizado em Sergipe a mercadoria cimento branco, posição 2523 da NCM, através de documentos fiscais sem destaque da substituição tributária, com ICMS “normal” destacado, com base na alíquota interestadual, cujo crédito foi lançado na sua conta corrente fiscal.

Entretanto, verifico da análise das peças que compõem esta infração que o remetente das mercadorias procedera corretamente ao não ter atuado na condição de sujeito passivo por substituição, ou seja, não efetuando a retenção e o respectivo recolhimento, tendo em vista que atendeu ao que determina o item 2 do parágrafo único da cláusula primeira do Protocolo ICM nº 11/85.

Portanto, é de fácil inferência a constatação de que é cabível a cobrança dos valores apurados nas infrações 04 e 05, tendo em vista que nas transferências interestaduais, como o ocorrido no presente caso, o remetente é desobrigado de fazer a retenção, e com isso, não ocorre o encerramento da fase da tributação alegada pelo autuado. E, nestas condições, nas saídas internas do produto em questão, deveria o autuado promover a retenção atinente às operações subsequentes, bem como deveria se debitar do ICMS da operação própria.

Na defesa apresentada, o autuado alegou não caber exigência do ICMS nas operações de revenda, face já ter encerrado a fase de tributação das mercadorias, entretanto não juntou com a defesa qualquer documento que comprovasse que as mercadorias objeto da autuação tinham sido adquiridas com pagamento do imposto por retenção ou pago o imposto a título de antecipação.

Ressalto que conforme disposto no art. 123 do RPAF/99, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações e como nada foi apresentado, constitui mera negativa de cometimento da infração, o que a luz do art. 143 do RPAF/99 não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Pelo exposto, não tendo o autuado provado que adquiriu as mercadorias objeto da autuação com pagamento do ICMS-ST (por antecipação ou retenção), bem como inexistindo nos autos a comprovação de que o Fisco estadual tenha recebido o imposto que encerrasse a tributação definitiva das mercadorias adquiridas pelo estabelecimento autuado, considero correta a exigência do ICMS normal de sua responsabilidade no valor de R\$15.474,50 - infração 04 e de fazer a retenção e pagamento do imposto nas saídas internas subsequentes, na condição de contribuinte substituto, no valor R\$ R\$3.094,89 - infração 05, devem ser mantidas.

A infração 06 cuida da falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as estradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas.

O sujeito passivo apresentou, para cada um dos exercícios fiscalizados em que foram apurados omissão de entradas, a indicação de diversas incongruências por ele constatadas no levantamento fiscal, fls. 1216 a 1218, inclusive alegando que algumas delas decorreram da não consideração pela fiscalização da sua incorporação pela Cimento Sergipe N / NE S.A.

Constatou que o autuante ao proceder à informação fiscal acolheu todas as ponderações apresentadas pelo contribuinte que se fizeram acompanhar das respectivas comprovações através da respectiva documentação fiscal. Esclareceu também acolheu o pedido de exclusão das notas fiscais relativas ao período de 01 a 06/10/2006, tendo em vista que o estoque final adotado no levantamento foi o de 30/09/2006.

O autuante com base nos ajustes realizados embasados nas comprovações carreadas aos autos pelo autuado elaborou novos demonstrativos ajustados, inclusive com o detalhamento do cálculo do preço médio tendo em vista a mudança de omissão de entradas para omissão de saídas, fls. 1264 a 1268. Com as correções o valor do débito, no exercício de 2004, passou para R\$208,90, no exercício de 2005 para R\$5.568,50 e no exercício de 2006 para R\$21.313,61.

Depois de examinar as correções e ajustes efetuados pelo autuante e constatar que o contribuinte não carreou aos autos a comprovação de sua alegação de que alguns equívocos por ele constados decorreram da não de sua incorporação pela Cimento Sergipe N / NE S.A. verifico que as intervenções efetuadas pelo autuante que resultaram na redução do débito na forma supra enunciada afiguram-se consentâneas com as documentações fiscais que embasam a autuação e refletem de forma objetiva a correta apuração, por meio de levantamento quantitativo de estoques das omissões objeto desta infração.

Por isso acolho os novos demonstrativos ajustados pelo autuado, fl. 1264 a 1268 e mantenho a subsistência parcial desta infração.

As infrações 07 e 08 tratam da entrada no estabelecimento, respectivamente, de mercadoria sujeitas a tributação e não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal.

Saliento que o demonstrativo carreado aos pelo autuante, fl. 707, juntamente com as cópias das respectivas notas fiscais, fls. 708 a 711, discriminam claramente a acusação fiscal.

O autuado não apresentou qualquer reparo em relação aos documentos fiscais e seus respectivos valores lançados, eis que, ateve-se à alegação de que essas infrações somente foram apuradas pelo fato de não ter sido considerada, pela fiscalização, a sua incorporação pela Cimento Sergipe N / NE S.A.

Resta evidenciado nos autos que o contribuinte em sua impugnação não usufruiu a prerrogativa constante no art. 123 do RPAF/99, não carreando aos autos os elementos que dispõe para provar sua alegação.

Por isso, mantenho integralmente as infrações 07 e 08.

A **infração 10** cuida da utilização a mais crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação.

Verifico que esta infração encontra-se devidamente demonstrado à fl. 791, onde figura indicado o lançamento feito a mais e refere-se à Nota Fiscal nº 2231, emitida em 04/11/2005.

O autuado em sua impugnação não apresenta argumentação, alguma nem mesmo comprova a sua alegação de que a infração somente existe em virtude de não ter sido considerada a incorporação da Cimento Sergipe N / NE S.A.

Saliento que o sujeito passivo optou por não usufruir a prerrogativa estatuída no art. 123 do RPAF/99, não carreando aos autos as provas que dispõe de sua alegação.

Ante a ausência de qualquer evidência nos autos de elemento capaz de elidir a acusação fiscal devidamente demonstrada, entendo que restou caracterizada a infração 10.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269182.0001/08-5**, lavrado contra **CIMENTO SERGIPE S/A - CIMESA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$79.821,78**, acrescido das multas de 150% sobre R\$375,22, de 70% sobre R\$27.091,01, e de 60% sobre R\$52.355,55, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos V, “a” III, VII, “a”, II, “f”, “a”, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$1.699,77**, previstas nos incisos IX e XI do mesmo artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2009

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR